Das Aussonderungsrecht der Ehefrau im Konkurse des Ehemannes.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock i. M.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Felix Kolkmann.
Rechtsanwalt
Mülheim-Ruhr.

Bonn 1909
Buchdruckerei Seb. Foppen, Bonn a. Rhein.

Referent: Prof. Dr. Wachenfeld.

Herrn Justizrat Schonlau

zu Mülheim-Ruhr zugeeignet.

Inhaltsangabe.

A. Einleitung 4
B. Die Aussonderung nach § 45 7
I. Der Zweck dieser Vorschrift 7
II. Der Inhalt des § 45 im Allgemeinen 8
III. Die Voraussetzungen des § 45 10
A. Das Subjekt des Aussonderungsanspruchs 10
1. Die Ehefrau des Gemeinschuldners 10
2. Die Rechtsnachfolger derselben 11
3. Die Gläubiger und der Konkursverwalter der Ehefrau 12
B. Das Objekt des Aussonderungsanspruches 15
1. Bewegliche und unbewegliche Sachen 15
2. Rechte 18
C. Der Erwerb des Gegenstandes 18
D. Die Mittel des Erwerbes 20
1. Der Zusammenhang zwischen Mittel und Erwerb 20
2. Der Begriff „Mittel" 22
α Die Arbeitskraft als Erwerbsmittel 24
β Die Mittel, die dem Manne nicht gehören aber gebühren 25
γ Die vom Manne der Frau übertragenen Gegenstände u. Mittel 25
δ Der nur teilweise mit Mitteln des Mannes bewirkte Erwerb 27
ε Die Anfechtung des Rechtsgeschäftes zwischen Mann u. Frau 30

1. nach Konkursrecht
2. nach Bürgerl. Recht 30
IV. Die Aussprüche der Frau gegen den Mann auf Grund des § 45 32
V. Die processuale Bedeutung des § 45 32
1. Der Verwalter ist Kläger 34
2. Die Ehefrau ist Klägerin 34
37

Literatur.

I. Konkursrecht.

a Kommentare.

Hullmann: Konkursordnung 1879.

Meisner: Deutsche Konkursordnung 1881.

Petersen u. Kleinfeller desglleichen 4. Aufl. 1900.

v. Sarwey-Bossert: desgleichen 4. Aufl. 1900.

v. Völderndorff: desgleichen 2. Aufl. 1885.
Willenbücher: desgleichen 1885.

Jaeger: desgleichen 2. Aufl. 1904

Meyer: desgleichen 1899.

Wolff: desgleichen 1900.

b. Systematische Bearbeitungen,

Endemann: Das Deutsche Konkursverfahren 1889.

Fitting: Reichskonkursrecht und Konkursverfahren 2. Auflage.

Fuchs: Der Deutsche Konkursprozess 1877.

Kohler: Lehrbuch des Konkursrechtes 1891 Leitfaden des Konkursrechts für Studierende. 1893.

Rintelen: Konkursrecht 1890.

Schultze A. S.: Das Deutsche Konkursrecht in seinen jurist. Grundlagen 1880.

Seuffert L.: Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Konkursrechts 1888.

„ : Deutsches Konkursprozessrecht 1899.

Fuchs: Das Aussonderungsrecht der Ehefrau Diss. 1883.

II. Bürgerliches Recht und Prozessrecht:

Staudinger: Kommentar 1907.

Planck: desgleichen 1906.

Kosak: Lehrbuch des Deutschen Rechtes 1900.

Dernburg: Das bürgerliche Recht 1906.

Neumann: Handbuch des B.G.B. 1903.

Wierosovski: Handbuch des Eherechts 1901-02.

Heinzheimer: Das Recht des Mannes am Vermögen der Frau 1903.

Rochholl: Das eheliche Güterrecht 1900.

Frenkel: Das Familienrecht 1898.

Schröder: Das eheliche Güterrecht 1900.

Kretzschmar: Sachenrecht 1906.

v. Mandry-Geib: Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 1898.

Gaze: Die rechtliche Folge der Anfechtung von anfechtbaren Rechtshandlungen im Konkurs 1903.

Jeckel: Das Reichsgesetz über Zwangsversteigerung und Verwaltung 1901.

Oberneck: Reichsgrundbuchrecht Bnd I. 1904.

Zürn: In Mecklenburg. Zeitschrift Bd. 14.

3. Entscheidungen und Zeitschriften.

R.G.-Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.

J. W. Juristische Wochenschrift.

D. J. Z. Deutsche Juristen Zeitung.

K. G. E. Entscheidungen des Kammergerichts:

Archiv für bürgerliches Recht.

Archiv für zivilistische Praxis.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechtes.

S. A. — J. A. Seufferts Archiv für die Entscheid. der obersten Gerichtshöfe

Das Konkursverfahren hat den Zweck bei Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners die sämtlichen Gläubiger anteilig zu befriedigen. Wenn das Vermögen des Schuldners nicht mehr genügt, die Schulden ganz zu decken, soll nicht der eine vor dem andern einen Vorzug haben. Es soll nicht derjenige, der zufällig als erster über den Schuldner mit Klage und Zwangsvollstreckung herfällt, alles bekommen, während die andern nichts erhalten. Der Verlust des einen soll durch den des andern vermindert werden. Zur Befriedigung der Schulden im Konkurse dient die Konkursmasse. Zur Herbeiführung des Zweckes des Konkursverfahrens hat das Gesetz das Organ des Konkursverwalters geschaffen. Die Konkursverwalter erlangt mit der Konkurseröffnung die Befugnis, das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners zu verwalten und über dasselbe zu verfügen.

Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters ist vielfach umstritten. „Kaum eine zweite Vorschrift der Reichsjustizgesetze hat in der Literatur eine gleiche Meinungsverschiedenheit erweckt". Die einzelnen Theorien zerfallen in zwei Gruppen: Die Vertretungstheorien und die Amtstheorien. Die ersteren halten den Verwalter

für einen Vertreter des Gemeinschuldners oder der Gläubiger oder der Konkursmasse. Nach der Amtstheorie dagegen handelt der Verwalter überhaupt nicht als Vertreter sondern kraft eigenen vom Gesetz ihm verliehenen Rechtes. Er ist Beamter. Dieser Theorie, die auch das Reichsgericht in einer Entscheidung (Band 29 Seite 29) ausführlich begründet hat, ist wohl der Vorzug zu geben. Im Einzelnen kann hier auf die Streitfrage nicht eingegangen werden. Es wird auf die vielfache Literatur verwiesen. (vergl. auch Hellwig in D.J.Z. 1908 S. 1198).

Mit der Konkurseröffnung erlangt wie bereits erwähnt, der Verwalter die Befugnis, das gesamte, zur Konkursmasse gehörige Vermögen, zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. (§ 6. K.O.) Eine neue dingliche Rechtsbeziehung der zur Masse gehörigen Gegenstände zu irgend einer Person, dem Verwalter oder den Gläubigern, wird durch den Konkurs nicht geschaffen. (vergl R.G. 53. S. 352.) Insbesondere wird nicht ein dingliches an jedem Gegenstande haftendes Beschlagsrecht für die Gläubiger erzeugt, wie vielfach in der Literatur behauptet wird. Von einem solchen Rechte ist im Gesetze ausdrücklich nirgendswo die Rede. (Petersen-Kleinfeller, zu § 127 Anm. II. 7. Petersen in Gruchot 34, S. 777 ff. Jaeger zu § 3 Anm. 41 ff. a.M. Kohler Lehrbuch S. 98 ff. Seuffert Konkursprozess S. 151 ff. Krückmann Arch. f. bürg. R. VIII. S. 148. Kohler im Arch. f. civ. Praxis 81 S. 369 f.) Die Motive lehnen die Konstruction des sogenannten Beschlagsrechtes ausdrücklich ab. Art und Umfang des Konkursbeschlags ist auch von dem sonst im bürgerlichen Recht und in der Prozessordnung bekannten Pfandrechte wesentlich verschieden, insbesondere fehlt es an der genügenden Bestimmtheit der Gläubiger, für die das Pfandrecht eintreten soll, und der Gegenstände.

an denen es haften soll. Die Masse ist ja einem beständigen Wechsel unterworfen. Unverändert durch den Konkurs bleiben vor allem auch die Eigentumsverhältnisse an den Massegegenständen. Die tatsächliche Masse, die der Verwalter bei der Konkurseröffnung vorfindet, umfasst natürlich zunächst neben den dem Gemeinschuldner gehörigen Gegenständen auch fremde. Letztere müssen von dem Verwalter dem Berechtigten herausgegeben werden. Aus der amtlichen Stellung des Verwalters folgt, dass er von Amtswegen zur Herausgabe dieser Gegenstände verpflichtet ist. (So Jaeger zu § 43. Anm. 32, v. Wilmowski Vorbem. zu § 43, Pertersen-Kleinfeller S. 175; a.M. Wolff zu § 117 Anm. 2.) Die Berechtigten können ihre Ansprüche auch selbst gegen den Verwalter geltend machen und zwar sowohl im Wege der Klage als auch im Wege der Einrede, wenn der Verwalter einen dem Berechtigten zustehenden Gegenstand zur Masse ziehen will. Der Anspruch auf Herausgabe eines fremden, zur Masse nicht gehörigen Gegenstandes wird Aussonderungsanspruch genannt. (Mot II. S. 190. Prot. S. 87). Wann ein solcher geltend gemacht werden kann, richtet sich nach bürgerlichem Recht. Die Grundlage der Aussonderung kann sowohl ein dingliches Recht (Eigentum, Pfandrecht, Niessbrauch etc.) als auch ein persönliches Recht (Leihe, Miete, Hinterlegung) sein, es muss aber — von der Ausnahme des § 44 K.O. abgesehen — der auszusondernde Gegenstand immer dem Gemeinschuldner nicht gehören. Die Gläubiger des Schuldners sollen sich eben aus fremden Mitteln nicht befriedigen. Ein solches Recht steht ihnen ja auch ausserhalb des Konkurses nicht zu und mehr Rechte können sie durch den Konkurs nicht erwerben. Deshalb kann auch immer derjenige, der ausserhalb des Konkurses einer Zwangsvollstreckung nach § 771 C.P.O. widersprechen kann, im Konkurse die Aussonderung verlangen.

Der Grundsatz, dass nur das bürgerliche Recht über die Aussonderungsansprüche entscheidet, wird in zweifacher Hinsicht von der Konkursordnung durchbrochen und zwar einerseits erweitert, andererseits aber eingeschränkt.

Nach § 44 K.O. kann der Verkäufer und Einkaufskommisonär Waren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind. Hierbei ist es gleichgültig, ob das Eigentum auf den Gemeinschuldner schon übergegangen ist oder nicht. Es können daher hier auch Sachen, die dem Gemeinschuldner bereits gehören, der Masse entzogen werden.

Die zweite interessante Ausnahme bildet der § 45 K.O. der uns in der vorliegenden Arbeit beschäftigen soll. Durch die Vorschriften dieses Paragraphen werden ausnahmsweise auch fremden Gegenstände zur Masse gezogen.

Nach § 45. K.O. kann die Ehefrau des Gemeinschuldners Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen, wenn sie beweist, dass dieselben nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind.

Diese Vorschrift bezweckt einen Schutz gegen die Gefahren, die den Gläubigern aus der Vermischung und Vermengung des Vermögens der beiden Gatten verursacht werden. (M S. 177. Willenbücher zu § 37. alte K.O. Anm. b. Jaeger zu § 45 Anm. 1.). Das Zusammenleben der Eheleute bringt, gleichviel in welchem Güterrecht sie leben, auch ohne jede böse Absicht der Gatten, im

Laufe der Zeit eine Vermischung und Vermengung der einzelnen Vermögensgegenstände mit sich; (Wieroszewski I. S. 135 ff. Mot. zu § 37.) es lässt sich nicht mehr feststellen, ob ein bestimmter Gegenstand dem Manne oder der Frau gehört. Dieser Umstand wird auch noch von böswilligen Schuldnern mit Vorliebe benutzt, absichtlich die Eigentumsgrenze zwischen ihnen und dem anderm Gatten zu verdunkeln und zu verwirren, um dadurch den Gläubiger zu schädigen. (Wieroszewski I. S. 164). Da regelmässig der Mann mehr als die Frau den Kredit der Gläubiger in Anspruch nimmt, hat das Gesetz auch gerade seine Gläubiger vor den Gefahren der Vermögensvermengung schützen zu müssen geglaubt. (Jaeger zu § 45 Anm. 1. v. Sarwey zu § 45 K.O. Anm. 3. S. 223.) Es hat deshalb für die Aussonderung der Frau besondere erschwerende Bestimmungen normiert.

Der § 45 enthält einen materiellrechtlichen und einen prozessrechtlichen Satz. In materiellrechtlicher Beziehung spricht er aus, dass die Gegenstände, die die Ehefrau während der Ehe mit Mitteln des Mannes erworben hat, zur Masse gehören. In prozessrechtlicher Hinsicht enthält er eine Verschiebung der Beweislast zu Ungunsten der Frau. Die Frau muss, mag sie Klägerin oder Beklagte sein, beweisen, dass sie nicht mit Mitteln des Mannes erworben hat. In materiellrechtlicher Beziehung wird also der Aussonderungsanspruch abhängig gemacht von den Mitteln, durch die der Erwerb vollzogen ist. Das ist ein Ausnahmesatz von einschneidender Bedeutung, denn das Zivilrecht lässt bei der Frage nach dem Eigentumserwerb die Herkunft der Mittel, mit denen er gemacht ist, vollkommen unbeachtet. Eigentum wird bei beweglichen Sachen durch Einigung und Uebergabe bei unbeweglichen durch Auflassung und Eintragung übertragen. Die Herkunft der Mittel kommt gar-

nicht in Frage. Es können eigene, geliehene oder gestohlene sein. Im § 45 K.O. kommt es auf diese Mittel an. Aber hier ist es nicht das Eigentum der Frau, das in Frage steht, sondern nur die Aussonderungsbefugnis. Die Eigentumsverhältnisse bleiben ja wie erwähnt durch den Konkurs unberührt. Auch die Frau bleibt Eigentümerin, es wird ihr nur unter Umständen die Aussonderung abgeschnitten. Sie muss den Gegenstand in der Masse lassen, bezw. zur Masse ausliefern, damit er durch den Verwalter für die Gläubiger verwertet wird. Der Gegenstand wird so behandelt, als ob er Eigentum des Mannes wäre, was er in Wahrheit nicht ist. Es wird auch nicht einmal die Vermutung dahin ausgesprochen, dass der Gegenstand dem Manne gehöre. In dieser Beziehung unterscheidet sich die konkursrechtliche Vorschrift von der verwandten Bestimmung des § 1362[1] B.G.B., welcher zu Gunsten der Gläubiger des Mannes eine Vermutung für das Eigentum des Letzteren aufstellt, allerdings ist dieser Unterschied von geringer praktischer Bedeutung. Die Wirkung beider Vorschriften ist dieselbe. In beiden Fällen muss sich die Ehefrau gefallen lassen, dass die Gläubiger des Mannes die Zwangsvollstreckung in den fraglichen Gegenstand vornehmen. In beiden Fällen wirkt die Bestimmung nicht absolut, sondern nur relativ zu Gunsten der Gläubiger. Deshalb kann auch die Ehefrau genau so wie der Gemeinschuldner auch während des Konkurses ihr Vermögen, das zur Masse gehört, veräussern, der Erwerber wird Eigentümer, nur den Konkursgläubigern gegenüber ist die Verfügung unwirksam (§ 7 K.O.) Die Ehefrau kann sich selbst auf die Unwirksamkeit der Verfügung nicht berufen. (Jaeger Anm. 9. zu § 7). Ist das Verfahren eingestellt oder aufgehoben, so tritt ihre Verfügung in volle Wirksamkeit, sie erlangt dann auch wieder die unbeschränkte Herrschaft

über ihr Vermögen und zwar ipso jure, ohne dass sie ihr von dem Verwalter oder dem Gemeinschuldner durch einen besonderen Act wieder eingeräumt werden müsste.

Im Einzelnen setzt die Anwendbarkeit des § 45 zunächst voraus, dass dem Verwalter die Ehefrau des Gemeinschuldners als Gegnerin gegenüber steht. Eine Ehefrau ist die Frau nur dann, wenn sie einer gültigen Ehe lebt, ist die Ehe für nichtig erklärt, oder mit Erfolg angefochten, so ist die Frau keine Ehefrau mehr und der Sondervorschrift des § 45 nicht mehr unterworfen. Wann aber muss die Frau die Ehefrau des Gemeinschuldners sein? Ohne weiteres ergibt sich aus dem Wortlaut, dass sie es zur Zeit des Erwerbes des Gegenstandes sein muss. Von Bedeutung ist aber die Frage, wie es wirkt, wenn nach dem Erwerb des Gegenstandes die Ehe aufgelöst wird, oder an Stelle der Ehefrau ein Rechtsnachfolger tritt. Nach dem Text des Paragraphen könnte man annehmen, die Frau muss noch in dem Augenblick Ehefrau sein, in dem sie die Aussonderung begehrt. Das ist aber nicht anzunehmen. Massgebend dürfte vielmehr der Zeitpunkt der Konkurseröffnung sein. Nach § 45 wird wie erwähnt, fingiert, dass gewisse Gegenstände der Frau dem Manne gehören. Nach § 1 der K.O. bildet die Konkursmasse dasjenige Vermögen des Gemeinschuldners, das ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehört. Es ist daher erforderlich und ausreichend, dass die Frau in diesem Augenblicke Ehefrau ist.

Ist also die Ehe vor der Eröffnung des Verfahrens geschieden, oder die Frau gestorben und beerbt oder der Gegenstand an einen andern übertragen, so kann der früheren Ehefrau bezw. ihrem Rechtsnachfolger der § 45 nicht mehr entgegen gehalten werden, denn zur Zeit als kraft Gesetzes das Sondervermögen der Kon-

kursmasse entstand war der Gegenstand schon nicht mehr Vermögen der Ehefrau des Gemeinschuldners es könnte daher die Fiction des § 45 schon nicht mehr wirken.

Verliert umgekehrt die Frau nach der Eröffnung des Verfahrens ihre Eigenschaft als Ehefrau, so kann sie daraus keinerlei Rechte herleiten, denn im Augenblicke der Konkurseröffnung steht der Umfang der Masse fest. Wann sich die Meinungsverschiedenheiten der Beteiligten, der Ehefrau und des Verwalters ergeben und wann die gerichtliche Entscheidung begehrt wird, ist unerheblich, sonst hätte es die Frau bei schwebendem Scheidungsprozesse in der Hand, den Schwierigkeiten des § 45 sich dadurch zu entziehen, dass sie den Aussonderungsanspruch erst nach Rechtskraft des Scheidungsurteils geltend macht. Ist die Frau nach Eröffnung der Verfahrens beerbt, so ist der Erbe dem § 45 ausgesetzt. (v.. Wilmowski zu § 45. Anm. 9. Jaeger zu § 45 K.O. Anm. 14.) Das folgt aus dem Begriffe der Universaluccession. Der Erbe übernimmt das Vermögen des Erblassers als Ganzes, so wie es bei Lebzeiten seines Vorgängers vorhanden war, er muss sich daher auch die Einrede und die Klage aus dem § 45 K.O. gefallen lassen, sonst würde er ja mehr Rechte erwerben, als sein Erblasser besessen hat.

Für die Beurteilung einer Rechtsnachfolge unter Lebenden muss der § 7 K.O. zur entsprechenden Anwendung kommen. (Jaeger zu § 45 K.O. Anm. 14.) Nach § 7 sind die Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahren vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Die Vorschriften der §§ 892, 893 B.G.B. bleiben unberührt. Dem andern Teile ist die Gegenleistung aus der Masse zurückzugewähren, soweit letztere durch dieselbe bereichert ist.

Demnach ist die Verfügung des Gemeinschuldners über einen Massegegenstand relativ unwirksam. Die analoge Anwendung des § 932 B.G.B. ist ausgeschlossen, es ist daher die Uebereignung den Konkursgläubigern gegenüber auch dann unwirksam, wenn der Erwerber die Konkurseröffnung weder kannte noch kennen musste (so Jäger zu § 7 K.O., Plank Vorbem. 2a vor § 932. ff., Staudinger zu 932 I. 2b, R.O.L.G. 14, 72). Die Ehefrau muss nun bezüglich der nicht aussonderungsfähigen Gegenstände ihrem Ehemanne gleichgestellt sein. Die Fiction des § 45 geht eben dahin, dass die nicht auszusondernden Gegenstände der Ehefrau dem Gemeinschuldner gehören und damit zugleich, dass die wirkliche Eigentümerin der Gegenstände bezüglich dieser Gegenstände der Gemeinschuldner selbst ist. Es müssen daher alle Regeln und Vorschriften, die das Gesetz für den Gemeinschuldner bezüglich seines die Konkursmasse bildenden Vermögens gegeben hat, auch für die Ehefrau gelten bezüglich der unter § 45 fallenden Gegenstände. Eine Verfügung über diese durch die Ehefrau ist daher unwirksam und der Erwerber muss die Gegenstände ohne Rücksicht auf seinen guten Gläuben herausgeben. Handelt es sich bei der Verfügung um die Abtretung einer Forderung gegen den Gemeinschuldner, (z.B. Abtretung des Anspruches auf Herausgabe einer im Besitze des Gemeinschuldners befindliche Sache) so könnte der Verwalter schon nach § 404 B.G.B. dem neuen Gläubiger die gegen die frühere Gläubigerin bestehende Einrede aus § 45 entgegenhalten.

Der § 45 greift weiterhin auch dann durch, wenn an Stelle der Frau ihr Gläubiger oder ihr Konkursverwalter tritt. Es sind dabei zwei Fälle zu unterscheiden, einmal der Fall, dass zunächst über das Vermögen des Mannes Konkurs eröffnet und dann ein Gläubiger der Frau

einen nach § 45 K.O. zur Masse gehörigen Gegenstand pfändet oder über das Vermögen der Frau der Konkurs eröffnet wird, zweitens der Fall, dass dieses bereits vor der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes geschieht. In beiden Fällen müssen die Gläubiger der Frau denen des Mannes weichen. Ist bereits über den Mann Konkurs eröffnet so ist die Pfändung des Gläubigers der Frau zwar nicht vollkommen unwirksam. Die Vorschrift des § 14 K.O. bezieht sich nur auf die Rechtshandlung der Konkursgläubiger. Fur die Rechte, welche die Gläubiger der Frau erworben haben, kommt § 15 zur Anwendung. Die Rechte sind daher relativ unwirksam, der Gläubiger der Frau muss also den gepfändeten Gegenstand zur Masse des Mannes herausgeben. (Jaeger zu § 45 K.O. Anm. 14.) Die Frau selbst kann sich aber auf die Unwirksamkeit der Pfändung nicht berufen.

Wird vor Konkurseröffnung über das Vermögen des Mannes ein dem § 45 unterliegender Gegenstand von einem Gläubiger der Frau gepfändet, so kann der Paragraph 45 keine Anwendung finden. Denn die Vorschrift richtet sich nicht gegen Rechtsnachfolger und Pfandgläubber der Frau sondern gegen diese selbst. (Jaeger zu § 45 K.O. Anm. 14. S.A. 48 No. 238.). Dasselbe gilt, wenn die Frau vor der Konkurseröffnung den Gegenstand einem anderen übertragen hat, für den Singularsuccessor. Dieser kann die ihm von der Frau übertragenen Rechte geltend machen, ohne den Nachweis führen zu müssen, dass die Frau nicht mit Mitteln des Mannes erworben hat. (vergl. Wilmowski zu § 45. K.O. Anm. 9. Mandry-Geib § 28. Anm. 7.). Die Fiction des § 45 setzt erst mit der Konkurseröffnung ein und hat keine rückwirkende Kraft. (vergl. Jaeger zu § 45 Anm. 3.). Die

Rechtshandlungen der Frau können aber in analoger Anwendung der §§ 29 ff. K.O. angefochten werden. In dem § 29 ff. ist zwar nur von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners die Rede. Die Ehefrau ist aber als Eigentümerin von Massegegenständen dem Gemeinschuldner gleich zu achten.

Ist zunächst die Frau im Konkurs, so gehören zwar nach § 1 K.O. zunächst sämtliche der Frau gehörige Gegenstände zur Konkursmasse der Frau, sobald aber auch der Mann in Konkurs kommt, so gehören die unter § 45 K.O. fallenden Gegenstände ausschliesslich zur Masse des Mannes. Die Frau kann ja diese Gegenstände nicht aussondern und ihr Verwalter kann nicht mehr Rechte geltend machen, als sie selbst, da eben durch den Konkurs über das Vermögen der Frau eine neue dingliche Rechtsbeziehung zu dem Eigentum der Frau nicht zur Entstehung gelangt ist. Man könnte dem entgegen halten; gemäss § 15 K.O. können an den nun einmal zur Konkursmasse der Frau gehörigen Gegenständen nach Eröffnung des Verfahrens, Rechte, Vorzugsrechte oder Zurückbehaltungsrechte nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern der Frau erworben werden. Aus diesem Grunde könne auch der Konkursverwalter des Mannes keine Rechte erwerben bezw. durch Versteigerung oder durch freihändigen Verkauf an einen dritten übertragen. Eine solche Wirkung ist aber dem § 15 K.O. nicht zuzuschreiben.

Denn wenn der Konkursverwalter im Konkurs über das Vermögen des Mannes die Sachen der Frau in Anspruch nimmt, so realisiert er nur einen bereits bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Frau bestehenden Anspruch der nur noch durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Mannes aufschiebend

bedingt war. Die Frau, die während der Ehe mit Mitteln des Mannes Gegenstände erwirbt, ladet sich damit sofort die Verpflichtung auf, unter Umständen, nämlich bei Konkurseröffnung über das Vermögen des Mannes, diese Gegenstände zur Masse herausgeben zu müssen. Diese Verpflichtung der Frau kann natürlich nicht dadurch erlöschen, dass sie in Konkurs verfällt. Der Anspruch des Konkursverwalters des Mannes ist im Konkurs der Frau ein Aussonderungsanspruch.

Zwar ist der Anspruch des Konkursverwalters des Mannes nur ein obligatorischer, er ist deshalb aber doch kein Konkursanspruch im Konkurs der Frau. Wie schon erwähnt, können auch obligatorische Ansprüche eine Aussonderung rechtfertigen, wenn nur der auszusondernde Gegenstand dem Gemeinschuldner nicht gehört. Hier ist zwar die Frau Eigentümerin der unter § 45 K.O. fallenden Sachen. Durch diesen Paragraph ist aber der Gegenstand trotzdem so zu behandeln, als ob er Eigentum des Mannes wäre. Auf Grund dieser Fiction muss also auch im Aussonderungsprozesse zwischen den beiden Verwaltern der Gegenstand als ein fremder, der Frau nicht gehöriger betrachtet und dem Verwalter des Mannes zugesprochen werden. (vergl. Jaeger zu § 45 K.O. Anm. 3.)'.

In objektiver Hinsicht geht der § 45 weit über die Grenze des § 1362 B.G.B. hinaus. Dieser handelt nur von beweglichen Sachen. Der § 45 umfasst dagegen die Gegenstände, die die Frau in der Ehe mit Mitteln des Mannes erworben hat. Gegenstände sind hier immer nur Vermögensgegenstände. (vergl. Zeitschr. f. Handelsr. Binder Bd. 59. S. 1. ff., Sohm: „Gegenstand" 1905 und Arch. f. bürgerl. Recht (Sohm) Bd. 28. S. 173). es können Sachen und Rechte sein. Sachen sind die Gegenstände der körperlichen Welt (§ 90 B.G.B.) und zwar sowohl die beweglichen wie die unbeweglichen. Bezüg-

lich der beweglichen wie unbeweglichen Sachen gilt auch § 127 bezw. 126 K.O. Der Verwalter kann daher Sachen versteigern. Wird die Zwangsversteigerung einer unbeweglichen Sache vom Konkursverwalter beantragt, so kommen nach §172Z.V.G.abgesehen von den Sondervorschriften der §§ 173 und 174 die allgemeinen Vorschriften des I. und II. Abschnittes des Z.V.G. zur Anwendung. Nach § 17 Z.V.G. darf nun eine Zwangsversteigerung nur angeordnet werden, wenn der Schuldner als Eigentümer des Grundstückes eingetragen ist. Dieser Nachweis ist durch ein Zeugnis des Grundbuchamtes zu erbringen. Auf einen Nachweis, den etwa der Konkursverwalter dahin führen wollte, dass der nicht als Eigentümer eingetragene Gemeinschuldner trotzdem Eigentümer sei, braucht sich der Zwangsversteigerungsrichter überhaupt nicht einzulassen. (vergl. Jäckel zu § 17 S. 85.) Man könnte hiernach zu der Meinung kommen, der Konkursverwalter müsse zunächst die Eintragung des Gemeinschuldners als Eigentümer herbeiführen. Indessen wäre ein solches Verlangen des Zwangsversteigerungsrichters unbegründet; da nach den früheren Ausführungen die Ehefrau Eigentümerin der dem § 45 K.O. unterliegenden Sachen bleibt, so kann weder von einem Anspruch des Konkursverwalters auf Auflassung noch auf Berichtigung des Grundbuches die Rede sein. Die Ehefrau würde ja auch, wenn man eine Auflassung an den Gemeinschuldner wirklich fordern könnte, weit schlechter gestellt, als der Gemeinschuldner, der doch tatsächlich der alleinige Schuldner der Konkursgläubiger ist. Denn der Gemeinschuldner behält nach der zutreffenden Rechtsauffassung des Kammergerichts (vergl. K.G.E. 22 A. 129. Wilmowski zu § 15. K.O. Anm. 4.) auch während des Konkurses das Recht, über sein Grundstück zu verfügen, wenn auch ohne Wirk-

samkeit gegenüber den Konkursgläubigern. (a.M. Jaeger zu § 113 K.O. Anm. 7, Schöller D.J.Z. 1902. S. 165. Oberneck I. S. 264. Kretschmar S. 114 f.). Der Frau würde die Verfügung versagt sein, nachdem sie einmal das Eigentum an dem Grundstück verloren hat. Auch würde sie, wenn das Grundstück durch den Konkursverwalter nicht verwertet ist, nach Beendigung des Konkurses einen bloss obligatorischen Anspruch gegen ihren Mann auf Rückauflassung haben, während der Mann mit Beendigung des Konkursverfahrens ohne Weiteres wieder unbeschränkter Eigentümer seines Vermögens wird. Die vorherige Eintragung der Ehefrau ist aber auch für die Zwangsversteigerung nicht erforderlich; nach § 126 K.O. kann ja der Verwalter die Zwangsversteigerung aller zur Masse gehörigen unbeweglichen Gegenstände beantragen. Er muss daher urkundlich den Nachweis nicht notwendig dahin führen, dass der Gemeinschuldner Eigentümer des zu versteigernden Grundstückes ist, es genügt der Beweis, dass das Grundstück zur Masse gehört. Der Eröffnungsbeschluss ist auch für die beweglichen und unbeweglichen Gegenstände der Frau wenn sie dem § 45 unterliegen, ein hinreichender Ersatz des zur Zwangsversteigerung erforderlichen Titels. Denn Schuldner dieses Titels ist neben dem Gemeinschuldner auch seine Ehefrau im Rahmen des § 45 K.O. (vergl. R.G. 56. S. 143.).

Bezüglich der Grundstücke gilt auch § 113 K.O. Nach diesem ist ein vom Konkursgericht in Gemässheit des § 106 K.O. erlassenes allgemeines Veräusserungsverbot sowie die Eröffnung des Konkursverfahrens bei demjenigen Grundstück einzutragen, als deren Eigentümer der Gemeinschuldner im Grundbuch eingetragen ist.

Die Eintragung geschieht sowohl auf Ersuchen des

Konkursgerichts, als auch auf Antrag des Konkursverwalters bei dem Grundbuchamte.

Allerdings verlangt der § 113 die grundbuchmässige Eintragung des Gemeinschuldners als des Berechtigten; der allgemeine Ausdruck von den „zur Masse gehörigen" unbeweglichen Gegenständen ist im § 113 entgegen § 126 nicht benutzt. Jedoch die Verschiedenheit des Ausdrucks kann eine andere Behandlung der Grundstücke der Frau nicht bedingen. Denn wie früher schon gesagt, ist die Ehefrau, soweit sie Eigentümerin von Massegegenständen ist, dem Gemeinschuldner vollständig gleichzustellen. Das folgt aus der im § 45 aufgestellten Fiktion.

Selbstverständlich müsste die Masseeigenschaft des Grundstücks urkundlich — z.B. durch ein Feststellungsurteil — nachgewiesen werden.

So lange ein solches noch nicht erstritten, könnte der Konkursverwalter gemäss § 938[2] Z.P.O. eine einstweilige Verfügung dahin erwirken, dass der Ehefrau die Veräusserung, Belastung oder Verpfändung des Grundstückes untersagt wird.

Zu den Gegenständen des § 45 gehören weiter auch die Rechte. Rechte sind die Gegenstände der gedanklichen Welt, man unterscheidet dingliche und obligatorische. Insbesondere fallen auch die Letzteren unter § 45 K.O. Zur Masse gehört daher unter Umständen auch der Anspruch der Ehefrau aus dem Kaufvertrage und zwar sowohl der Anspruch auf Erfüllung — Lieferung des gekauften Gegenstandes — als auch die Ansprüche auf Minderung und Wandelung, wenn nur die Ansprüche mit Mitteln des Mannes während der Ehe erworben sind. Letzteres würde beispielsweise der Fall sein, wenn der Kaufvertrag erst gegen Zahlung des Kaufpreises zustande gekommen und die Zahlung aus Mitteln des Mannes erfolgt ist.

Der Gegenstand muss während der Ehe erworben sein, was vor der Eheschliessung erworben, ist besonderen konkursrechtlichen Beschränkungen nicht unterworfen. (Jaeger § 45. K. O. Anm. 4.). Unter Erwerb versteht man den Act, durch den der Gegenstand von dem früheren auf den neuen Inhaber übergeht. Es kommt also auf den dinglichen Uebertragungsact an, dagegen ist der Zeitpunkt des regelmässig vorausgehenden obligatorischen Vertrages unerheblich. Man nehme an, die Frau hat bei Bestehen der Ehe ein Pferd gekauft; der Verkäufer hat aber erst nach Zahlung des Kaufpreises, der aus Mitteln des Mannes besteht, sich zur Lieferung verpflichtet. Sodann ist der Mann in Konkurs verfallen. Daraufhin ist die Ehe aufgelöst und jetzt erst hat die Frau den Besitz des Pferdes bekommen und damit Letzteres „erworben". In diesem Falle würde das Pferd nicht bei Bestehen der Ehe mit Mitteln des Mannes erworben sein und deshalb eine Anwendung des § 45 ausgeschlossen sein. Ueberdies würde das Pferd nicht schon bei Konkurseröffnung Eigentum der Frau sein und daher nach analoger Anwendung des § 1. K.O. zur Masse nicht gehören. Dass aber in diesem Falle die Konkursmasse keinerlei Rechte erworben haben soll, will nicht befriedigen. In Wahrheit hat aber auch der Konkursverwalter einen Anspruch erworben und zwar den Anspruch auf Lieferung des Pferdes, der ja bei Konkurseröffnung als ein mit Mitteln des Mannes erworbener Gegenstand zur Masse zu ziehen ist. Zu untersuchen ist nur noch, was aus dem Anspruch geworden ist, nachdem der Verkäufer nach Konkurseröffnung das Pferd an die Ehefrau geliefert hat. Es wird sich fragen, ob der Verkäufer durch diese Lieferung von seiner Leistungspflicht befreit ist oder nicht. Diese Frage wird nach Analogie des § 8 K.O. zu beantworten sein. Nach

§ 8 K.O. ist der Vertragsgegner, der auf eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit nach der Eröffnung des Verfahrens an den Gemeinschuldner eine Leistung bewirkt, wenn diese nicht in die Masse kommt, von seiner Verbindlichkeit befreit, falls ihm die Konkurseröffnung nicht bekannt war. Die Beweislast ist verschieden, je nachdem zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens öffentlich bekannt gemacht war oder nicht. Zwar handelt es sich vorliegend nicht um eine Leistung an den Gemeinschuldner, da aber der Anspruch, der durch die Leistung betroffen wird, zur Masse gehört, so ist, wie erwähnt die Gläubigerin des Anspruches wie der Gemeinschuldner und eine Leistung an sie wie eine Leistung an den Gemeinschuldner zu behandeln.

Die wichtigste Voraussetzung des § 45 ist schliesslich die, dass der Gegenstand nicht mit Mitteln des Mannes erworben sein darf. Was zunächst den Zusammenhang der aufgewendeten Mittel mit dem Erwerb angeht, so müssen die Mittel nicht nur die wirtschaftliche Grundlage und Voraussetzung des Erwerbes gebildet haben, sondern sie müssen auch noch zur Zeit der Konkurseröffnung eine Vermögensverringerung des Ehemannes darstellen (v. Sarwey zu § 45. K.O. Anm. 7. S. 224.) Sie müssen das Aequivalent des erworbenen Gegenstandes bilden. Anderer Meinung sind Kosack und Schefholt, (Kosack Lehrbuch II. S. 434, Schefholt Archiv für zivilistische Praxis 91, S. 145.). die zu § 1381 B.G.B. ausschliesslich nach dem Augenblick des Erwerbes entscheiden wollen, ob ein Erwerb mit Mitteln des eingebrachten Gutes gemacht ist. Diese Ansicht führt zu unbefriedigenden Konsequenzen. Wenn z.B. die Frau die auf Grund der Bürgschaft des Mannes ihr zu Eigentum übergebene Sache auch nur eine Stunde nach dem vollzogenen Erwerbe

mit eigenem Gelde bezahlt, so wird man doch nicht den Augenblick des Erwerbes als massgebend erachten und den Erwerb als mit Mitteln des Mannes erfolgt der Härte des § 45. K.O. unterwerfen. Gleichartig liegt auch der Fall, wenn die Frau vor der Konkurseröffnung ihrem Manne die Mittel zurück erstattet hat. (vergl. Wilmowski zu § 45. K.O. Anm. 10. Jaeger zu § 45. K.O. Anm. 7, Fitting § 22 Note 12. Sarwey zu § 45. K.O. Anm. 7,5.) Auf der anderen Seite wird ebenso der Erwerb ohne Weiteres dann nicht aussonderungsfähig sein, wenn die Ehefrau zunächst auf ihren Kredit hin einen Erwerb macht und die entsprechende Schuld demnächst mit Mitteln des Mannes bezahlt, sonst würde die ganze Vorschrift des § 45 illusorisch. Der Erwerb muss sich gerade im Augenblicke der Konkurseröffnung als eine Vermögensverminderung des Mannes darstellen.

Dies entspricht dem Zwecke der Vorschrift, die eine den Gläubigern des Mannes nachteilige Vermögensverschiebung unschädlich machen, nicht aber diese Gläubiger auf Kosten der Frau bereichern will, (so Jaeger zu § 45. K.O. Anm. 7.)

In weiterer Ausführung dieses Prinzipes wird in der Literatur auch der Frau das Einlösungsrecht gegeben. Die Frau soll das Recht haben, den unter § 45 fallenden Gegenstand auszusondern, wenn sie die zum Erwerb des Gegenstandes aufgewendeten Mannesmittel nach der Konkurseröffnung an die Masse zurückgewährt. (vergl. Jaeger zu § 45. K.O. Anm. 7. Dernburg Familienrecht Seite 118.). Jäger meint, es können keinen Unterschied machen, ob die Frau die aus dem Vermögen des Mannes stammenden Mittel vor oder nach der Konkurseröffnung zurückerstatte. In beiden Fällen sei durch die Werterstattung der Fiction des § 45. der Boden entzogehn. Diese Auffassung könnte de lege feranda volle Billigung finden,

sie lässt sich aber de lege lata nicht begründen. Mit Recht betont Wilmowski (§ 45. zu Anm. 10). dass dem Einlösungsrecht der § 15. K.O. entgegenstehe.

Auch die bürgerlich-rechtliche Bestimmung des Einlösungsrechtes nach § 268 B.G.B. kann der Frau zum Siege nicht verhelfen. Dieser Paragraph setzt voraus. dass ein Dritter, der nicht Schuldner ist, ein Recht an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung zu verlieren, befürchten muss. Hier ist aber die Frau die Schuldnerin selbst, weil sie, insoweit sie Eigentümerin von Massegegenständen ist, der Gemeinschuldner selbst ist. Man kann auch fernerhin nicht sagen, dass die Inanspruchnahme des Gegenstandes durch den Konkursverwalter schon dem Betreiben der Zwangsvollstreckung gleich komme. Man kommt vielmehr zu dem Resultate, dass die Ehefrau bezüglich der nicht aussonderungsfähigen Gegenstände ein Einlösungsrecht ebensowenig hat, wie der Gemeinschuldner bezüglich seines zur Masse gehörigen Vermögens.

Der Begriff der Mittel wird in der Praxis häufig besondere Schwierigkeiten machen,. denn dieser ist kein festumgrenzter, er ist kein juristischer Begriff vielmehr ein volkswirtschaftlicher (vergl. von Wilmowski zu § 45. Jaeger zu § 45. K.O. Anm. 7.). „Nach dem Zwecke des Gesetzes und dem volkswirtschaftlichen Sprachgebrauche" (von Wilmowski zu § 45. K.O. Anm. 10). wird man den Begriff dahin definieren können, dass man sagt, Mittel sind alle diejenigen wirtschaftlichen Werte, mit deren Hülfe ein Erwerb, ein Güterumtausch stattfinden kann. Ueber die Art der Mittel ist keine besondere Bestimmung getroffen. Es können Geld oder andere bewegliche Sachen, unbewegliche Sachen oder Rechte sein. Ein nicht aussonderungsfähiger Gegenstand liegt also auch dann vor, wenn die Frau ihn für eine Forderung ihres Ehemannes erworben hat. Im Regelfalle wird allerdings die Frau eine

Forderung ihres Mannes nicht übertragen können, das könnte nur ausnahmsweise möglich sein. Man nehme an, die Frau tritt eine ihr zustehende Forderung zunächst ihrem Manne ab. Mit der Abtretung ist die Forderung in das Vermögen des Mannes übergegangen, (§ 398 B.G.B.) Nun tritt die Frau, bevor das Konkursverfahren über ihren Mann eröffnet ist und bevor der Schuldner die Abtretung der Forderung an den Mann kennt, abermals einem andern ab. Diesem bezahlt alsbald der Schuldner Die Frau erwirbt für die Forderung eine Sache. Der Erwerb dieser Sache ist mit Mitteln des Mannes geführt. Der Mann hat seine Forderung gegen den Schuldner verloren. Die Frau war zwar, wie erwähnt, nach der Abtretung nicht mehr Gläubigerin, ihre zweite Verfügung über die Forderung war die Verfügung eines Nichtberechtigten und der andere hat die Forderung nicht erworben, mag er auch im guten Glauben gewesen sein Durch die erfolgte Zahlung des Schuldners ist aber die Forderung getilgt, denn der wahre Gläubiger muss sich die Leistung des Schuldners gemäss § 407 B.G.B. gefallen lassen.

Weiterhin ist auch dann mit Mannesmitteln erworben, wenn der Mann sich persönlich verpflichtet, die Gegenleistung des Erwerbes zu bewirken, wenn auch dies noch nicht geschehen ist, (vergl. Wilmowski zu § 45. Anm. 10, Dernburg 3. § 26. Willenbücher zu § 37 alte K.O. Anm. 2 v. Sarwey zu § 45. K.O. Anm. 7,2 S. 225).

Auf der anderen Seite liegt ein Erwerb mit Mannesmitteln nicht vor, wenn zwar diese zum Erwerb verwendet sind, der Mann aber zur Hergabe der Mittel oder zur Beschaffung des Gegenstandes verpflichtet war, (z. B. zum Unterhalt — § 1360 B.G.B.) oder zur Ersatzanschaffung wertlos gewordener Haushaltungsgegenstände — § 1382 B.G.B. — (vergl. Willenbücher zu § 37. alte K.O.Anm.

2. Wilmowski zu § 45. K.O. Anm. 10. Jaeger zu § 45. K.O. Anm. 7. v. Sarwey zu § 45. K.O. Anm. 7, S, 225,).

Als besonders wichtiges Erwerbsmittel verdient die Arbeitskraft des Mannes behandelt zu werden. Die persönliche Arbeitskraft ist im Wirtschaftsleben ein bedeutender werterzeugender Factor. Die Arbeitskraft des Mannes kann auch ein Erwerbsmittel für die Frau bilden. Man nehme den Fall, dass der Ehemann als Entgelt für eine persönliche Dienstleistung sich von seinem Dienstherrn eine Hingabe von Vermögenswerten an seine Frau hat versprechen lassen. In diesem Falle ist der Ehemann aus dem Arbeitsvertrage niemals Gläubiger des Arbeitsherrn geworden. Das Gläubigerrecht ist von Anfang an für die Frau festgestellt. Dieses Gläubigerrecht und die auf Grund desselben erworbenen Gegenstände der Ehefrau bilden (den Entgelt der persönlichen Dienstleistungen des Mannes. Vielfach wird angenommen, dass auch in diesem Falle der § 45. K.O. anwendbar sei. (vergl. Jaeger zu § 45. K.O. Anm. 7. v. Sarwey-Bossert Anm. 7,2. Wilmowski zu § 45. K.O. Anm. 10.). Die Anwendbarkeit des § 45. wird allein damit begründet, dass der Lohn das Aequivalent der Arbeit des Mannes sei und sonst in das Vermögen des Mannes geflossen sein würde. Diese Meinung kann nicht als zutreffend erachtet werden.

Die ratio der Vorschrift des § 45. ist doch die, dass die Frau nicht den Gläubigern einen Vermögenswert entziehen soll, aus denen sie Befriedigung für ihre Forderung hätten erlangen können. Dies trifft aber nicht zu, wenn der Gemeinschuldner über seine Arbeitskraft zu Gunsten seiner Ehefrau verfügt. Die Arbeitskraft ist ein höchstpersönliches Gut (vergl. Jäger Anm. 5 zu § 1 K.O.), über das nur der Eigentümer selbst verfügen kann. Wird es von diesem nicht ausgenutzt, so wird dadurch vom Standpunkte der Gläubiger das Vermögen ihres Schuld-

ners nicht verringert. Die Arbeitskraft ist kein Befriedigungsmittel für die Gläubiger. Demnach kann die Ehefrau die mit der Arbeitskraft ihres Mannes erworbenen Gegenstände aussondern.

Zu den Mitteln des Mannes gehören nicht nur diejenigen, die ihm eigentümlich gehören, sondern auch diejenigen, die ihm gebühren und zukommen, wenn auch noch nicht das Eigentum an ihnen erworben ist (vgl. Jaeger zu § 45. K.O. Anm. 7.). Hierher gehören beispielsweise die Früchte des eingebrachten Gutes der Ehefrau (§ 1363, 1383 B.G.B.) Ebenso die von der zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes zu leistenden Beiträge vergl. § 1427,2 §§ 1371, 1441, 1526,3, 1549 B.G.B. Jaeger zu § 45 K.O. Anm. 7.). Man nehme an, die Ehefrau habe, um einen Gegenstand zu erwerben, über die Mietzinsen eines zum eingebrachten Vermögen gehörigen Hauses verfügt. Eine solche Verfügung kann unter Umständen gegen den Ehemann, obwohl dieser der alleinige Gläubiger der Mietsforderung ist, wirksam sein. Durch Schliessung der Ehe geht die der Ehefrau aus dem von ihr abgeschlossenen Mietsvertrage zustehende Mietforderung als Nutzung der eingebrachten Sache kraft Gesetzes auf den Ehemann über. Auf die Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes finden die Vorschriften über die Uebertragung durch Vertrag entsprechende Anwendung. Es muss daher auch der Zessionar eine Leistung des Schuldners an den Zendenten gegen sich gelten lassen, so lange nicht der Schuldner den Uebergang kraft Gesetzes bei der Leistung kennt. Hiernach muss also auch unter Umständen der Ehemann die Mietszahlung an die Ehefrau gegen sich gelten lassen.

Dagegen liegt ein Erwerb mit Mitteln des Mannes nicht vor, wenn die Frau den Gegenstand von ihrem Manne selbst durch Rechtsgeschäft erworben hat, zum Beispiel wenn

sie ihr von ihrem Manne gekauft oder geschenkt bekommen hat, (vergl. v. Wilmowski zu §§ 45. K.O. Anm. 11. Jaeger zu § 45. K.O. Anm. 11. Petersen- Kleinfeller Anm. 3 und 4. Förster Eccius- Preuss. Privatrecht IV. § 206. Note 54. Kohler Lehrbuch S. 186. Seuffert S. 98, abweichend Cosack Bürgel. Recht, § 281 Note 13.). Motive 180.). Dasselbe gilt, wenn der Mann nicht den Gegenstand selbst, sondern die Mittel zu seinem Erwerbe seiner Frau übertragen hat. In diesem Falle sind die Mittel im Augenblicke des Erwerbes nicht mehr dem Manne gehörig (Willenbücher zu § 37 alte K.O. Anm. b.) Hierher gehört auch der Fall, dass die Frau einen Gegenstand auf Grund der Bürgschaft des Mannes erworben hat. Der in der Bürgschaft zum Ausdruck gekommene Kredit des Mannes ist in wirtschaftlichem Sinne gewiss zu den „Mitteln" des Mannes zu rechnen.

Trotzdem wird der mit diesen Mitteln erworbene Gegenstand dem § 45 nicht unterliegen. Die Anwendbarkeit des § 45 könnte zunächst nur dann in Frage kommen, wenn die Inanspruchnahme des Kredites des Mannes noch zur Zeit der Konkurseröffnung eine Vermögensverminderung des Ehemannes darstellt. Es müsste also bei Konkurseröffnung entweder die Bürgschaft noch bestehen oder bereits durch Zahlung seitens des Mannes erfüllt sein. Denn wenn schon vor der Konkurseröffnung die Bürgschaft infolge Leistung der Frau oder aus anderen Gründen gegenstandslos geworden ist, ohne dass der Mann aus der Bürgerschaft in Anspruch genommen wäre so würde kein hinreichender wirtschaftlicher und materieller Zusammenhang zwischen den Mitteln und dem Erwerb vorliegen und schon aus diesem Grunde die Anwendbarkeit des § 45 wegfallen. Wenn aber auch durch die Bürgschaft zur Zeit der Konkurseröffnung noch eine Vermögensverringerung besteht, so wird man trotzdem der Frau die Aussonderung der Gegenstände nicht versagen

können. Den der Bürgschaftsübernahme liegt doch als causa ein Rechtsgeschäft zwischen dem Bürgen und dem Schuldner zu Grunde; mag dieses Auftrag oder Schenkung sein. Dieses Rechtsgeschäft hat die Vermögenseinbusse des Gemeinschuldners herbeigeführt. Das Rechtsgeschäft zwischen Mann und Frau kann natürlich anfechtbar sein. Darauf kommt es hier aber nicht an. Es ist genügend, wenn nur das Geschäft rechtlich zulässig und ernstlich gemeint ist.

Hat die Frau den Gegenstand nur teilweise mit Mitteln des Mannes erworben, so wird die Frage der Zugehörigkeit des Gegenstandes zur Masse besonders Schwierigkeiten machen. Es sind auch hierüber die verschiedensten Ansichten vertreten. Mit der überwiegenden Meinung (Willenbücher zu § 37 alte K.O. Anm. 4. Petersen. Kleinfeller zu § 37. Anm. 4, Jaeger zu § 45 K.O. Anm. 8. v. Sarwey zu § 45. K.O. Anm. 7,3). ist anzunehmen, dass bei teilbaren Gegenständen ein aliquoter Anteil zur Masse gehört und zwar nach dem Verhältnis der zum Erwerbe aufgewendeten Mitteln des Mannes zum Gesammtwert des Gegenstandes (so auch Protokolle 38).

Wilmowski nimmt in seiner neuen Auflage (Anm. 12. zu § 45. K.O.) im Gegensatze zu seiner früheren an, dass bei teilbaren wie bei unteilbaren Gegenständen die Aussonderung ausgeschlossen sei, jedoch habe die Frau durch die Verwendung ihrer Mittel, die Masse rechtlos bereichert und sei insofern Massegläubiger in (vergl. hierzu die Ausführungen S. 32 f.).

Die herrschende Meinung ist zutreffend. Hat die die Frau zum Beispiel 6 Löffel zur Hälfte mit eigenen, zur Hälfte mit Mannesmittel angeschafft, so wird sie zum Gegenstande des Aussonderungsbegehrens drei Löffel machen. Bezüglich dieses Gegenstandes kann sie zweifellos

den Nachweis nach § 45. K.O. führen. Die Frage kann nur noch die sein, welche der sechs Löffel die Frau für sich in Anspruch nehmen kann. Diese Frage beantwortet sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Der Klageantrag der Frau müsste lauten, den Konkursverwalter zu verurteilen, von den sechs in der Masse liegenden Löffeln. an die Klägerin drei herauszugeben. Die Urteilsschuld des Verwalters ist in diesem Falle eine Wahlschuld (obligatio. alternativa.). Der Schuldner hat das Wahlrecht bis zum Beginne der Zwangsvollstreckung, er kann bis zur Beendigung der letzteren durch Leistung der von ihm, dem Schuldner, gewählten Stücke, sich von der ganzen Verbindlichkeit befreien. (fakultas alternativa §§ 262, 263, 264. B.G.B.). Die Frau kann sich nicht beklagen, wenn ihr der Verwalter die schlechteren Löffel gibt und die besseren behält. Sie hat ja selbst in der Klage behauptet, dass es sich um teilbare Gegenstände handele d.h. um Gegenstände, die, ohne Verminderung ihres Wertes in gleichartige, den Anteilen der Teilhaber entsprechende Teile zerlegbar sind. Ist Letzteres nicht der Fall, so muss die Frau das Klagepetitum genauer bezeichnen. (z.B. einen goldenen und zwei silberne Löffel) oder gegebenen Falles die sechs Löffel als einen unteilbaren Gegenstand behandeln.

Ist aber ein unteilbarer Gegenstand teils mit Mannesmitteln teils mit anderen erworben, so gehört dieser Gegenstand zur Masse. Denn die Frau kann dann den ihr obliegenden Beweis bezüglich des Gegenstandes selbst nicht führen. Es gebührt ihr aber, das entsprechende ideelle Anteilsrecht als aussonderungsfähiger Gegenstand (v. Sarwey zu § 45. K.O. Anm. 7,3).

Von einem ideellen Miteigentum der Frau, von dem Willenbücher zu § 37 alte K.O. Anm. 4. und Wilmowski zu § 37 alte K.O. Anm. 6. sprechen kann hier keine

Rede sein ,denn das Eigentum steht vollständig der Frau zu; allerdings werden die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über das Miteigentum zur entsprechenden Anwendung kommen; es kann daher die Frau über das konkursfreie Anteilsrecht an einer Sache wie über eine konkursfreie Sache selbst verfügen. Das Anteilsrecht kann auch gepfändet und versteigert werden (vergl. § 864,2 C.P.O., 751,2 B.G.B. §§ 181 ff. Z.V.G,), Bei beweglichen Sachen wäre allerdings der Gläubiger der Frau auf die Pfändung des Teilungsanspruches beschränkt, denn die Pfändung der ganzen Sache würde gemäss § 14 K.O. unzulässig sein (vergl. auch den analogen Fall in Seufferts Archiv Band 46 No. 76. B. 49. No. 79. und No. 291, sowie Staudingerr zu § 1008 Anm. II. 2d). Zu verwerfen sind die Ansichten von Jaeger, von Völderndörff und Dernburg. Die beiden Ersteren wollen der Frau die Aussonderung zubilligen gegen Erstattung der aus Mannesmitteln aufgewendeten Kosten. (Jaeger zu § 45. K.O. Anm. 8. von Völlerndorf I. S. 482). Hiermit würde allerdings der ursprüngliche Zweck des Gesetzesparagraphen, welcher die Verringerung des Mannesvermögens zu Gunsten der Frau verhindern will, nicht verletzt, jedoch lässt sich ein solches Einlösungsrecht der Frau wie erwähnt aus dem Gesetze nicht herleiten.

Dernburg (III § 26 Anm. 7.) will für die Frage der Aussonderungsmöglichkeit entscheidend sein lassen, ob der Mann oder die Frau den grösseren Teil der Mittel hergegeben hat und von Sarwey (§ 37. alte K.O. Anm. 5.) meint, es könne der Frau nicht schaden, wenn der Mann nur einen verhältnismässig geringen Teil der Mittel beigesteuert habe. Diese beiden Ansichten lassen sich mit der Absicht des Gesetzes nicht vereinigen. Das Gesetz will, dass n i c h t s aus dem Vermögen des Mannes zu Gunsten der Frau und zum Nachteile der Gläu-

biger verloren geht. Ob der Verlust absolut oder relativ gering ist, ist unerheblich. (vergl. v. Sarwey zu § 45. K.O. Anm. 7,3.).

Wie schon erwähnt, liegt ein Erwerb mit Mitteln des Mannes nicht vor, wenn die Frau den Gegenstand oder die Mittel zu seinem Erwerbe durch ein gültiges Rechtsgeschäft vom Manne selbst erworben hat. Dieses Rechtsgeschäft kann nach allgemeinen Regeln der §§ 29 ff. K.O. der Anfechtung unterliegen. (Willenbücher zu § 37 alte K.O. Anm. 3. Wilmowski zu § 45. K.O. Anm 11, Jaeger zu § 45. K.O. Anm. 11.). Es fragt sich, ob durch die erfolgreiche Anfechtung des Rechtsgeschäftes die Gegenstände, die auf anfechtbarer Weise vom Manne erworben oder durch in anfechtbarer Weise erlangte Mittel angeschafft sind, zur Masse gehören. Das wird vielfach in der Literatur angenommen (vergl. von Wilmowski zu § 45 Anm. 11, Fuchs S. 19.).

Dieser Meinung dürfte aber nicht beizutreten sein. Richtig wäre diese Meinung nur, wenn die konkursmässige Anfechtung die Nichtigkeit des angefochtenen Geschäftes herbeiführe, denn wenn das angefochtene Geschäft als nicht geschehen zu betrachten ist, so sind die der Frau vom Mann übertragenen Gegenstände und Erwerbsmittel seine Gegenstände und seine Mittel geblieben. Dass die Konkursanfechtung eine solche dingliche Wirkung habe, ist auch oft in der Literatur behauptet. Von den Vertretern dieser Meinung wird gelehrt, die Wirkung der Anfechtung sei hier genau so wie die der bürgerlich-rechtlichen Anfechtung wegen Irrtums, Betruges etc. zu behandeln. Die Anfechtungsmaterie sei im B.G.B. einheitlich geregelt (so Gaze S.21). Die Fassung des § 37 K.O. nach welchem zur Konkursmasse „zurückgewährt" werden muss, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners

veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, sei nichtssagend, sie passe auch bei der Annahme der dinglichen Wirkung der Anfechtung. Indessen wird man jedenfalls zugeben müssen, dass es mindestens überflüssig gewesen wäre, eine besondere Rückgewährverpflichtung des Anfechtungsgegners zu normieren, wenn dieser infolge der Nichtigkeit des angefochtenen Geschäftes überhaupt keinerlei Rechte erlangt hätte. Weiterhin ist aber von ausschlaggebender Bedeutung, dass sich die Haftung des gutgläubigen Beschenkten (§ 37,2 K.O.) und des Sondernachfolgers (§ 40. K.O.) mit einer dinglichen Wirkung der Anfechtung nicht vereinigen lassen (vergl. Wendt S. 456.). Gegen die dingliche Wirkung hat sich besonders Jaeger zum § 29 ausgesprochen. Er hat auch die Zustimmung des Reichsgerichtes gefunden (vergl. Jaeger zu § 29. K.O. Anm. 10 und dort Cit.) Bei einer blos obligatorisch wirkenden Anfechtung ist daher die Frau nur verpflichtet, die in anfechtbarer Weise von ihrem Manne erhaltenen Mittel der Konkursmasse zurück zu gewähren, während sie den mit diesen Mitteln erworbenen Gegenstand behalten darf. (vergl. Gruchot 36, 1192, Wlmowski zu § 45. Anm. 11. Im Konkurse der Frau ist der Anfechtungsanspruch keine Aussonderungsanspruch (Jaeger zu § 45. K.O. Anm. 11. und zu 29. K.O. Anm. 17).

Die verschiedenartige Wirkung der Anfechtung des Rechtsgeschäftes zwischen Mann und Frau und der Versagung des Aussonderungsbegehrens sind innerlich unbegründet (vergl. Jaeger zu § 45. K.O. Anm. 11.). Welcher praktische Grund kann es rechtfertigen, dass in dem einen Falle — wenn die Frau die Erwerbsmittel vom Manne geschenkt erhalten hat — nur unter gewissen Umständen (§§ 32, 29,30, 31, K.O.) eine obligatorische Rückgewährverpflichtung bezügl. der geschenkten Mittel entsteht, während im anderen Falle — wenn

ein Rechtsgeschäft zwischen Mann und Frau nicht vorliegt, — unter allen Umständen der erworbene Gegenstand selbst zur Masse gehört?

Wird aber das Rechtsgeschäft zwischen den Eheleuten auf Grund einer bürgerlich-rechtlichen Vorschrift z.B. wegen Drohung, Betruges, Irrtums angefochten, so wird wegen ihrer rückwirkenden Kraft (§ 142 B.G.B.) nicht nur eine obligatorische Verpflichtung zur Herstellung des früheren Zustandes herbeigeführt, sondern auch die dingliche Wirkung des Rechtsgeschäftes beseitigt. Die der Frau übertragenen Mittel sind dann Mittel des Mannes geblieben, soweit nicht durch die Grundsätze über den gutgläubigen Erwerb ein Dritter diese Mittel erworben hat.

Nach alle dem kann die Frau durch den Konkurs des Mannes einen erheblichen Verlust unter Umständen nur deshalb haben, weil sie Ehefrau des Gemeinschuldners ist. Hat sie wegen dieses Verlustes einen Anspruch? und gegen wen? Eine Konkursforderung hat sie nicht, denn ihr Anspruch bestand noch nicht zur Zeit der Konkurseröffnung (§ 3 K. O.). Der Anspruch entsteht erst während des Konkurses durch Verwertung des Gegenstandes. Trotzdem kann natürlich nicht der Anspruch, obwohl er durch die Handlung der Verwalters entsteht, eine Masseschuld sein. (§ 59 No. 1 K.O.). Würde man das annehmen, so wäre die ganze Vorschrift des § 45 illusorisch, der Verwalter müsste ja alles wieder herausgeben, was er auf Grund dieses Paragraphen mit Recht zur Masse gezogen hat. Der Anspruch kann daher keine Masseschuld sein. Kraft der Fiction des § 45. K.O. werden ja gewisse Gegenstände der Frau wie das Eigentum des Mannes, als Konkursmasse behandelt. Aus der Verwertung der Masse zum Vorteil der Gläubiger kann daher die Frau ebenso-

wenig einen Anspruch gegen den Verwalter erheben, wie der Gemeinschuldner selbst.

Ebensowenig kann die Frau einen Anspruch gegen den Verwalter auf eine ungerechtfertigte Bereicherung der Masse stützen. Es liegt keine Bereicherung der Masse vor, denn die dem § 45 K.O. unterliegenden Gegenstände haben von Konkurseröffnung an zur Masse gehört. Auch das Moment der Rechtslosigkeit fehlt, da die Zugehörigkeit der Gegenstände zur Masse durch das Gesetz gerechtfertigt ist.

Der Anspruch der Frau kann sich daher nur gegen den Gemeinschuldner selbst richten. Er stellt sich dar als ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 B.G.B.), eine solche liegt vor, wenn jemand durch die Leistung eines andern oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt. Diese Voraussetzungen treffen hier zu, Der Mann ist, wenn er mit den Vermögensstücken seiner Frau seine Schulden deckt, auf Kosten seiner Frau bereichert. Die Bereicherung ist auch eine rechtlose, denn nur gegenüber den Gläubigern des Mannes, nicht aber im Verhältnis der Ehegatten zueinander ist die Schädigung der Frau vom Gesetze gewollt, genau wie auch die Vermutung des § 1362 B.G.B. nur zu Gunsten der Gläubiger des Mannes gilt. Der Gemeinschuldner selbst hat keinen Anspruch darauf, dass unter Umständen Vermögenswerte seiner Frau zur Deckung seiner Schulden verwendet werden. Der Anspruch der Frau kann während des Konkurses an dem konkursfreien Vermögen des Mannes geltend gemacht werden. Durch einen Zwangsvergleich wird er nicht berührt, da er kein Konkursanspruch ist. Fällt der Mann nach Beendigung des Konkurses von Neuem in

Konkurs, so kann die Frau in diesem ihren Anspruch als Konkursforderung geltend machen.

In prozessualer Beziehung enthält der § 45 eine besondere Beweislastregel, denn die Frau kann nur aussondern, wenn sie beweist, dass der Gegenstand nicht mit Mitteln des Mannes erworben ist. Hiernach bezieht sich der der Frau obliegende Beweis auf die Herkunft der Mittel des Erwerbes und nur hierauf allein; im übrigen gelten die allgemeinen Beweisregeln. Allerdings trifft die Frau die besonders normierte Beweislast in allen Fällen, mag sie Klägerin oder Beklagte sein. Da nun aber noch andere gesetzliche Präsumptionen die Beweislastregel des § 45 kreuzen, so dürfte die Verteilung der Beweislast ausführlicher darzulegen sein. Es soll hierbei unterschieden werden: einmal der Fall, dass der Konkursverwalter gegen die Ehefrau auf Herausgabe eines Gegenstandes zur Masse klagt und sodann der Fall, dass die Frau die Aussonderung klagend geltend macht.

Im ersteren Falle muss der Verwalter im Bestreitungsfalle zunächst beweisen, dass die Beklagte Ehefrau im Besitze des Gegenstandes ist, denn die Klage auf Herausgabe setzt den Besitz des Beklagten voraus. Er muss auch weiter zur Substanziierung seiner Klage darlegen, worauf er seinen Anspruch auf Herausgabe stützt. Hierzu würde genügen, wenn allein behauptet würde, der Gegenstand sei während der Ehe erworben, denn wenn diese Behauptung feststeht, so greift die präsumtio juris des § 45 ein, dass der Erwerb mit Mitteln des Mannes erfolgt ist und daraus ergibt sich die Berechtigung des Antrages (vergl. Jaeger zu § 45 Anm. 2.). Bestreitet die Beklagte, den Gegenstand nach der Eheschliessung erworben zu haben, so muss der Verwalter beweisen, denn der „ehezeitliche" Erwerb (Wieruszewski I. S. 185) ist eine mate-

rielle Voraussetzung des § 45, für die eine besondere Beweisregel nicht aufgestellt ist. Es muss daher der allgemeinen Regel gemäss diese Voraussetzung derjenige beweisen, der auf ihre gesetzliche Folgen sich berufen will, also der Verwalter. Das gilt in allen Fällen, auch wenn der Konkursverwalter der Beklagte ist. (so Dernburg § 27, Wieruszewski I. S. 166a Zürn S. 54 und Buchka unterscheiden, ob der Verwalter oder die Ehefrau die Klage erhebt: Klage der Verwalter, so müsse er den ehezeitlichen Erwerb nachweisen, klage dagegen die Ehefrau, so müsse sie entweder den vorehelichen Erwerb dartun, oder die Herkunft der Erwerbsmittel nachweisen. Planck nimmt zu § 1362 an, dem Verwalter stehe eine Vermutung für den Erwerb während der Ehe zur Seite. Diese Ansichten lassen sich aber aus dem Gesetze nicht rechtfertigen.

Nun könnte aber der Verwalter — wenn es sich um bewegliche Sachen handelt — zur Vermeidungg der ihn treffenden Beweislast sich auf die Vermutung des § 1362 B.G.B. berufen. Hiernach wird ja zu Gunsten der Gläubiger des Mannes vermutet, dass die beweglichen Sachen, die sich im Besitze eines oder beider Ehegatten befinden, dem Manne gehören. Zweifellos kann der Verwalter an sich sich auf diese Vermutung berufen, denn wenn er einen Gegenstand der Frau zur Masse ziehen will, so handelt es sich um einen Widerstreit der Interessen der Frau und der Gläubiger des Mannes. (vergl. R.G. v. 22. 11. 1902 R. 1903. S. 108 Jaeger zu§ 45 K.O, Anm. 5.). Zu Gunsten der letzteren gilt aber die Vermutung des genannten Paragraphen (vergl. Wieruszewski I. Seite 164). Es macht dabei keinen Unterschied, ob man den Verwalter für den Vertreter des Gläubigers oder des Gemeinschuldners hält. Unzweifelhaft ist

aber die Klage des Verwalters, die sich auf den § 1362 B.G.B. stützt, ihrer tatsächlichen Voraussetzung nach eine ganz andere als die aus § 45 K.O. § 1362,1 stellt eine Präsumtio bezüglich der Eigentumsverhältnisse an bestimmten Sachen auf. Dagegen normiert § 45 eine Fiction bezüglich gewisser Gegenstände. Wenn daher der Verwalter zunächst behauptet, eine Sache gehöre zwar der Frau, sei aber während der Ehe erworben und dann im Laufe des Prozesses zur Vermeidung einer Beweislast die entgegengesetzte Behauptung aufgestellt, die Sache sei infolge der Vermutung des § 1362 Eigentum des Mannes, so ändert er damit seine Klage. Eine Klageänderung aber braucht sich die Beklagte nicht gefallen zu lassen. (§ 264 C.P.O.) protestiert also die Frau gegen die Klageänderung, so müsste der Verwalter abgewiesen werden und zwar auch in erster Instanz, da durch eine solche Klageänderung die Verteidigung der Beklagten wesentlich erschwert wird (§ 264. C.P.O.). Der Verwalter wird hiernach nicht umhin können, den ehezeitlichen Erwerb nachzuweisen. Der Verwalter wird daher, wenn es sich um bewegliche Sachen handelt, in Zweifelsfällen seine Klage besser auf § 1362 stützen, denn bei dieser Klage braucht er, wenn die Sache sich im Besitze des Gemeinschuldners oder der Beklagten befindet, nichts zu beweisen. Rocholl nimmt S. 98 mit Unrecht an, gegenüber dem § 1362,1 sei § 45. K.O. „ganz überflüssig". Die Präsumtio Muciana ist doch widerlegbar, ist sie widerlegt, so muss die Frau den weiteren Beweis bezüglich der Mittel erbringen. (vergl. Fuchs S. 41. Anm. 1.)

Steht der ehezeitliche Erwerb fest, so muss die Frau die Herkunft der Erwerbsmittel nachweisen. Da dieser Beweis ganz besonders schwer ist, wird die Ehefrau zunächst andere Einwendungen erheben, mit denen sie leich-

ter zum Ziele zu kommen hofft. Sie wird z.B. einwenden, der betreffende Gegenstand sei überhaupt der Pfändung nicht unterworfen und gehöre schon deshalb nicht zur Masse (§ 1.K.O.). Durch diesen Einwand ist die Frau zunächst des Beweises bezüglich der Herkunft der Mittel enthoben, denn der Konkursverwalter kann natürlich auf Grund des § 45. der K.O. nur diejenigen Gegenstände der Frau zur Masse ziehen, welche, wenn sie dem Manne gehörten, Massegegenstände wären. Allerdings würde auch die Frau die Unpfandbarkeit des Gegenstandes nachweisen müssen. Nach § 1 der Konkursordnung umfasst das Verfahren das gesamte, der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners. Wenn nach dieser Fassung auch die Pfandbarkeit eines Gegenstandes die Voraussetzung der Masseeigenschaft ist, so wird man doch annehmen müssen, dass die Unpfandbarkeit eines Gegenstandes eine Ausnahme bildet, dass daher der Gemeinschuldner und in unserem Falle seine Ehefrau den Einwand der Unpfandbarkeit nachweisen muss. Den Beweis der Herkunft der Mittel des Erwerbes wird die Frau nur erbringen können, wenn sie dartut, dass sie selbst oder ein Dritter die Mittel hergegeben hat, oder dass ohne Hergabe von Mitteln der Erwerb stattfand. Die Frau muss daher die Erwerbstatsachen aufdecken. Sie kann sich nicht lediglich auf die Behauptung beschränken, der Gegenstand sei „nicht mit Mitteln des Mannes erworben", denn letzteres ist die vom Richter aus dem Beweisergebnis zu ziehende rechtliche Schlussfolgerung, nicht aber ein Tatsache Ueber diese Behauptung wäre daher auch eine Eideszuschiebung unzulässig (vergl. §§ 373, 445, 475 C.P.O., Petersen- Kleinfeller § 37 Anm. 2.', von Wilmowsky § 37, Anm. 7. S.A. Band 42. No. 71, Jaeger, § 45. Anm. 16. v. Sarwey zu § 45. K.O. Anm. 8).

Klagt die Frau auf Aussonderung eines Ge-

genstandes so muss sie natürlich die Voraussetzung ihres Anspruches beweisen.Diese kann sowohl in einem dinglichen Recht zum Gegenstande bestehen(z.B.demEigentume) als auch in einem bloss obligatorischen z.B. der Miete. Sie muss demnach entweder ihr eigenes dingliches Recht an der Sache oder das dingliche Recht des Dritten und ihr Besitzverhältnis zur Sache darlegen. Als beweisersparende Vermutung kommt für die unbeweglichen Sachen der § 891 B.G.B. und für bewegliche Sachen sowie für Rechte, deren Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt wird, der § 1006 B.G.B. in Frage. Die letztere Vermutung wird indessen durch die stärkere des § 1362 B.G.B. besiegt, nach welcher auch der Besitz, Mitbesitz oder alleiniger Besitz der Ehefrau für das Eigentum des Mannes streitet. Diese Vermutung muss wiederum weichen, wenn die Frau beweist, dass die Sachen Gebrauchsgegenstände der Frau sind (vergl. § 1362,2 B.G.B.). Die klagende Frau wird also von den Ausnahmen des § 1362,2 abgesehen, die Vermutung des § 1362,1 widerlegen müssen. Gelingt aber der Frau der Gegenbeweis, so kann sich der Konkursverwalter in zweiter Linie auf § 45'. K.O. berufen. Als Beklagter kann daher der Verwalter von beiden Vorschriften hinter einander Vorteile ziehen, denn eine dem § 264 C.P.O. entsprechende Vorschrift ist für die Verteidigung des Beklagten nicht gegeben.

Ist einmal das Eigentum der Frau nachgewiesen, so muss, wie erwähnt, nunmehr der Verwalter beweisen, dass der Gegenstand während der Ehe erworben ist. Der Verwalter wird daher gut tun, das Eigentum in allen Fällen zu bestreiten, denn dadurch wird er sich der Beweislast entziehen. Die Frau wird ja regelmässig bei dem Nachweis ihres Eigentums bereits auch aufdecken, in welcher Zeit, ob vor oder nach der Ehe, der Erwerb stattgefunden hat.

Durch die sodann der Frau obligende Beweislast bezüglich der Mittel des Erwerbes wird zugleich der dem Verwalter obliegende Beweis über den ehezeitlichen Erwerb erbracht. Es könnte aber auch, wie gesagt, die Frau zunächst lediglich den ehezeitlichen Erwerb bestreiten; damit würde sie den Verwalter zum Beweise zwingen, ohne zunächst selbst einen Beweis antreten zu brauchen.